



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/072/13942/2022-27
A. ges.m.b.h.

Wien, 12.1.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. ges.m.b.h., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 3.11.2022 betreffend das Vergabeverfahren Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und grafische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins der Stadt Wien, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 03.11.2022 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien – ... (in der Folge: Auftraggeberin) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und graphische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins (Dienstleistungsauftrag).

Die A. ges.m.b.h. (in der Folge: Antragstellerin) bringt in ihrem gegen die Ausscheidensentscheidung vom 3.11.2022 gerichteten Nachprüfungsantrag vor, sie habe sich an dem Vergabeverfahren beteiligt. Sie sei mit Schreiben vom 3.11.2022 „vom Ausscheiden ihres Angebots“ verständigt worden. Sie habe zunächst einen Entwurf der Mitteilung erhalten; ein paar Stunden danach sei ihr die finale Mitteilung über das Ausscheiden übermittelt worden.

Zu den Ausscheidensgründen sei angeführt worden, dass das Angebotsformblatt nicht mit dem Angebot übermittelt worden sei. Weiters habe die C. ges.m.b.h. im Vergabeverfahren keinen Teilnahmeantrag abgegeben. Sie sei daher von der Auftraggeberin nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Es liege das Angebot eines nicht aufgeforderten Bieters vor. Dieses sei gemäß § 141 Abs. 1 Z 9 BVerG 2018 zwingend auszuschneiden.

In der Folge macht die Antragstellerin Ausführungen zur Rechtzeitigkeit ihres Nachprüfungsantrags, zur Entrichtung der Pauschalgebühren, zu ihrem Interesse am Vertragsabschluss und dem durch die angefochtene Entscheidung eingetretenen bzw. drohenden Schaden. Sie stellt weiters die Bestandteile der Ausschreibung und den Inhalt der Ausscheidensentscheidung dar.

In der Folge schildert die Antragstellerin, wie von ihren Vertretern, Herrn D. E. und Herrn F. G., bei der elektronischen Angebotsabgabe vorgegangen wurde und dass das Angebot am 17.10.2022 zunächst auf einer falschen Oberfläche des ANKÖ hochgeladen worden sei. Erst nach Rücksprache mit einem Vertreter der Auftraggeberin, Herrn Mag. H., und Inanspruchnahme des technischen Supports des ANKÖ sei das Hochladen des Angebots, im Wesentlichen bestehend aus dem Preisblatt mit dem vollständigen Preisangebot, dem Mustermagazin sowie den Beschreibungen für die Printausgabe und für die Social-Media-Strategie, auf der korrekten Oberfläche gelungen. Nach Abschluss des Upload-Prozesses hätten die Vertreter der Antragstellerin eine entsprechende Bestätigung des ANKÖ erhalten.

Zuvor habe die Antragstellerin am 26.7.2022 um 9 Uhr 39 das Abgabeprotokoll für die erste Runde (Teilnahmephase) im gegenständlichen Vergabeverfahren erhalten (Dokumentnummer ...9-00). Dort sei eindeutig die A. ges.m.b.h. als Antragstellerin vermerkt. Sie sei von der Auftraggeberin zur Nachreichung von Unterlagen aufgefordert worden und dieser Aufforderung auch nachgekommen.

Dafür gebe es eine Bestätigung vom 5.9.2022, 17 Uhr 44 (Dokumentnummer ...9-00).

Am 9.9.2022 um 15 Uhr 49 hätten Herr E. und Herr G. elektronisch per E-Mail unter der Dokumentnummer ...9-00 die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots erhalten. Um 16 Uhr 15 desselben Tages hätten die o.a. Personen eine weitere E-Mail zur Abgabe eines Angebots unter der Dokumentnummer ...8-00 (AZ.: AS ...) erhalten. Um 16 Uhr 29 desselben Tages sei an die o.a. Personen eine dritte Aufforderung per E-Mail zur Abgabe eines Angebots wieder zur Dokumentnummer ...9-00 übermittelt worden. Eine Prüfung der o.a. Personen, ob der Upload erfolgreich gewesen sei, habe ergeben, dass dies der Fall gewesen sei.

Die Antragstellerin führt sodann aus, dass die von der Auftraggeberin als Ausscheidensgründe angeführten Mangelhaftigkeiten behebbare Mängel gewesen seien. Hätte die Auftraggeberin mit der Antragstellerin Kontakt aufgenommen, so hätte dies ergeben, dass das Angebot von der Antragstellerin abgegeben hätte werden sollen. Wieso es dazu gekommen sei, dass das Angebot unter dem Namen eines am Vergabeverfahren gar nicht beteiligten Unternehmens aufgeschienen sei, sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Möglicherweise habe es sich um eine technische Fehlfunktion gehandelt.

Im Übrigen verstoße die Vorgangsweise der Auftraggeberin gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens (Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit).

Beantragt werde daher die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht, die Nichtigerklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 3.11.2022 und der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren.

Weiters stellte die Antragstellerin den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung. Der Auftraggeberin möge für die Dauer des Nichtigerklärungsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und grafische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins“ untersagt werden, das Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu treffen.

Der Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung wurde der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Mit Schriftsatz vom 16.11.2022 machte die Auftraggeberin Ausführungen zum Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung. Sie teilte weiteres mit, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich (Dienstleistungsauftrag) handle und gab den geschätzten Auftragswert bekannt.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 22.11.2022, Zahl VGW-124/072/13943/2022, wurde eine Einstweilige Verfügung dahingehend erlassen, dass der Auftraggeberin bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, die Entscheidung zu treffen, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Der Antrag, der Auftraggeberin möge weiters untersagt werden, das Vergabeverfahren fortzusetzen, wurde abgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 1.12.2022 teilte die Auftraggeberin mit, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren im Stadium nach Abgabe der Erstagebote befinde. Die Antragstellerin A. ges.m.b.h. habe in der 1. Stufe des Vergabeverfahrens einen Teilnahmeantrag gelegt und sei auf Basis ihres Teilnahmeantrags für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und zur Angebotslegung eingeladen worden. Die Antragstellerin habe, entgegen ihren Angaben, kein Angebot gelegt. Sie sei daher im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht Bieterin.

In der Folge stellt die Auftraggeberin zunächst kurz die Funktionsweise der ANKÖ-Vergabeplattform dar, mithilfe derer das Vergabeverfahren abgewickelt werde.

Die ANKÖ-Vergabeplattform sei modular aufgebaut: Ein Vergabeverfahren könne – je nach Vergabeverfahrensart – einen oder mehrere Verfahrensschritte umfassen. Abgesehen von den Verfahrensschritten betreffend den Abschluss von Vergabeverfahren (Bekanntgabe vergebener Aufträge), sei mit jedem Verfahrensschritt die Möglichkeit für Bewerber/Bieter verknüpft, eine Abgabe (Teilnahmeantrag oder Angebot) zu machen. Bei einstufigen Vergabeverfahren (zB offenen Verfahren) existiere grundsätzlich nur ein solcher Verfahrensschritt: die Auftragsbekanntmachung, auf deren Basis während der Angebotsfrist die Abgabe

eines Angebots möglich sei. Bei mehrstufigen Vergabeverfahren (zB Verhandlungsverfahren oder nicht-offene Verfahren) mit vorheriger Bekanntmachung würden je nach Anzahl der Verfahrensstufen zwei oder mehrere Verfahrensschritte angelegt, in denen die Bewerber/Bieter jeweils die Möglichkeit hätten, die jeweils geforderte Abgabe vorzunehmen.

Dies stelle sich im vorliegenden Vergabeverfahren (Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung) dar, wie folgt:

Verfahrensschritt AG	Abgabe Bewerber/Bieter
1. Auftragsbekanntmachung	Abgabe Teilnahmeantrag
2. Einladung Legung Erstangebote	Abgabe Erstangebot
3. Einladung Legung letztgültige Angebote	Abgabe letztgültige Angebote

Jeder Verfahrensschritt sei mit einer einmaligen ANKÖ-Verfahrensnummer versehen, durch welche die einzelnen Verfahrensschritte auch leicht identifiziert und unterschieden werden könnten. Im nachprüfungsgegenständlichen Fall seien folgende Verfahrensschritte und ANKÖ-Verfahrensnummern relevant:

Verfahrensschritt AG	Abgabe	ANKÖ-Verfahrensnummer
1. Auftragsbekanntmachung	Teilnahmeantrag	9-00
2. Einladung Legung Erstangebote	Erstangebot	8-00

In jedem Verfahrensschritt bestehe die Möglichkeit, mit Bewerbern/Bietern, die fristgerecht eine Abgabe vorgenommen haben, über das je Abgabe festgelegte Kommunikationstool zu kommunizieren, indem dem Bewerber/Bieter Aufforderungen übermittelt würden, die von den Bewerbern/Bietern einfach, ohne besondere Formvorschriften – über das Vergabeportal (das „Gegenstück“ zum Auftraggebertool e-Vergabe+) beantwortet werden könnten.

Der Auftraggeber erstelle eine Aufforderung, dem Bieter werde eine entsprechende E-Mail-Benachrichtigung übermittelt. Der Bieter könne über einen darin enthaltenen Aufforderungslink auf die Aufforderung des Auftraggebers antworten.

In einem mehrstufigen Verfahren werde vom Auftraggeber auf der ANKÖ-Vergabeplattform e-Vergabe+ zunächst das Vergabeverfahren an sich angelegt und dann der 1. Verfahrensschritt – die Auftragsbekanntmachung – vorgenommen. Die Bewerber könnten in weiterer Folge über den in der Auftragsbekanntmachung genannten Link auf dem Vergabeportal einen Teilnahmeantrag abgeben.

Nach Abschluss des 1. Verfahrensschrittes lege der Auftraggeber den 2. Verfahrensschritt – die Einladung zur Angebotslegung – auf der ANKÖ-Vergabeplattform e-Vergabe+ an und wähle dort jene Bewerber, die für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens ausgewählt worden seien, als Empfänger der Einladung zur Angebotslegung aus. Wenn der 2. Verfahrensschritt vom Auftraggeber eingeleitet werde, würden von der ANKÖ-Vergabeplattform e-Vergabe+ automatisch E-Mail-Benachrichtigungen („Einladung zur Angebotsabgabe“) an die eingeladenen Bewerber versendet. Über den darin enthaltenen Einladungslink könne der Bewerber/Bieter im Vergabeportal die Ausschreibungsunterlagen abrufen und ein Angebot einreichen.

Der Einladungslink laute für jeden eingeladenen Bewerber exakt gleich und verstehe sich somit als „Pfad“ zur Angebotsabgabe im Vergabeportal. Der Einladungslink sei nicht „personen- bzw. bewerber-/bietergebunden“. Das bedeute, dass der Empfänger des Einladungslinks den Einladungslink auch an andere Personen (z.B. Mitarbeiter, andere Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft) weitergeben könne, um auf diese Weise im Hinblick auf die Angebotslegung möglichst flexibel zu sein. Aus den vorgenannten Gründen könne der Einladungslink auch nicht „verbraucht“ werden. Wenn somit der Bewerber A dem Unternehmer B den Einladungslink übermittle und der Unternehmer B über den Einladungslink ein Angebot lege, könne der Bewerber A trotzdem immer noch ein Angebot über den Einladungslink legen.

Wenn ein Bieter ein Angebot legen wolle, gelange er über den Einladungslink zum Vergabeportal, in dem er sich zunächst mit seinen Zugangsdaten einzuloggen habe. So gelange er zur Startseite, wo der 2. Verfahrensschritt aufscheine. Der Bieter müsse „Abgabeentwurf erstellen“ anklicken, um die Angebotsabgabe zu beginnen. Sodann könne er sein Angebot erstellen. Er müsse zunächst seine Stammdaten ausfüllen.

Anzumerken sei, dass die Bieterstammdaten, je nachdem, welche Stammdaten im Login-Profil hinterlegt seien, vorausgefüllt würden. Wenn also der Bieter A die Login-Daten der Schwestergesellschaft B zum Login in das Vergabeportal verwende, schienen hier die Stammdaten der Gesellschaft B auf (auch wenn ursprünglich der Bieter A die Einladung zur Angebotsabgabe erhalten habe). Die Stammdaten könnten aber jederzeit und einfach direkt in diesem Abgabeschritt geändert werden.

In der Folge seien die übrigen Angebotsabgaben zu machen und sämtliche Angebotsbestandteile hochzuladen. In der Folge könne der Bieter seine Angaben noch kontrollieren. Mit einem weiteren Klick „jetzt abgeben“ werde das Angebot abgegeben und darauf hingewiesen, dass die Angebotsabgabe erfolgreich gewesen sei. Schließlich würden das Abgabeprotokoll und das Angebotspaket zum Download zur Verfügung gestellt. Parallel werde dem Bieter eine E-Mail-Benachrichtigung übermittelt, über die nochmals das Abgabeprotokoll heruntergeladen werden könne.

Die Antragstellerin habe am 26.7.2022 fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. Dazu habe sie das Teilnahmeantragsformular verwendet, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen worden sei. Am 9.9.2022 um 15 Uhr 48 sei der Antragstellerin über die Vergabepattform via Kommunikationstool unter dem Betreff „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ ein Schreiben übermittelt worden. Diesem Schreiben seien auch die Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe angeschlossen gewesen. Diese Nachricht sei von der Antragstellerin um 16 Uhr 11 gelesen worden.

Daraufhin habe die Auftraggeberin auf der ANKÖ-Vergabepattform den 2. Verfahrensschritt – die Einladung zur Angebotslegung – angelegt. In diesem Verfahrensschritt seien die Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe eingefügt und die ausgewählten Bewerber – unter anderem die Antragstellerin A. ges.m.b.h. – als „Empfänger“ angelegt worden. Die Einladung zur Angebotsabgabe sei am 09.09.2022 um 16:15 Uhr der Antragstellerin A. ges.m.b.h. an die auf der ANKÖ-Plattform hinterlegte und auch im Teilnahmeantragsformular (Teil B1 der AU 1. Stufe) E-Mail-Adresse d.e@a.at übermittelt worden.

Weiters sei der Antragstellerin am 9.9.2022 um 16 Uhr 29 folgende weitere klarstellende Nachricht übermittelt worden:

„Sehr geehrter Bewerber,

bitte beachten Sie, dass Sie von der Vergabeplattform eine Verständigung mit dem Titel "Einladung zur Angebotsabgabe" erhalten, mit welcher Verständigung Sie zur Angebotsabgabe über die Vergabeplattform eingeladen werden. Diese Verständigung enthält auch einen Link mit dem Titel "Klicken Sie bitte hier für mehr Informationen" bzw. einer URL-Adresse, welche Sie in Ihren Browser eingeben können.

Für Ihre Angebotsabgabe ersuchen wir, diese Verständigung der Vergabeplattform zu berücksichtigen. Das Ihnen über die Vergabeplattform übermittelte weitere E-mail samt einem an Sie persönlich gerichteten Anschreiben dient lediglich der Information durch den Auftraggeber.

Mit freundlichen Grüßen

Stadt Wien - ..."

Diese Nachricht sei von der Antragstellerin am 15.9.2022 um 11 Uhr 12 gelesen worden. Spätestens am 15.09.2022, also über einen Monat vor Ablauf der Angebotsfrist, sei die Antragstellerin A. ges.m.b.h. somit nachweislich darüber informiert gewesen, dass sie ihr Angebot über den mit der Einladung zur Angebotsabgabe genannten Link abzugeben habe.

Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens sei unter anderem der Teil A2 – Angebotsbestimmungen, in dem insbesondere Vorgaben betreffend die (weitere) Beteiligung am Vergabeverfahrens sowie Form und Inhalt der Angebotsabgabe festgelegt wurden. In Pkt 5.2, Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt worden, dass das Angebotsformular (Teil B2 der AU) zwingend rechtsgültig mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu unterfertigen sei. Diese Festlegung sei in Teil A2 der AU auch hervorgehoben worden:

Achtung:

Das Angebot (Teil B2 – Angebotsformular) ist zwingend rechtsgültig mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu unterfertigen (Forderung des AG, vgl den Hinweis am Ende des Punktes 1.17.4. des Teils A1 – TB).

Der Bieter hat sohin sicherzustellen, dass das Angebot mit einer oder mehreren **qualifizierten elektronischen Signaturen** entsprechend dem auf der Vergabeplattform festgelegten Verfahren versehen sind.

Es sei auch auf die Konsequenz einer fehlenden rechtsgültigen elektronischen Signatur des Angebots (also des Angebotsformulars gemäß Teil B2 der Ausschreibungsunterlagen) hingewiesen worden:

Achtung:

Eine **fehlende rechtsgültige qualifizierte elektronische Signatur** des Angebots wird als **nicht geleistete Unterschrift** gewertet und kann zum **Ausscheiden des Angebots** führen.

In Pkt 5.3, Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen sei betreffend die Form der Angebote festgelegt worden, dass sie innerhalb der Angebotsfrist elektronisch, verschlüsselt und qualifiziert elektronisch signiert auf der Vergabepattform einzureichen seien. Auch bezüglich dieser Formvorschrift sei in Pkt 5.3, Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen eine (zwingende) Ausscheidenssanktion festgelegt worden: „Angebote, die diesen Formvorschriften nicht entsprechen, werden nicht berücksichtigt bzw. werden die betroffenen Bieter bzw. deren Angebote ausgeschlossen.“

Elementarer Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe sei das Angebotsformular (Teil B2 der Ausschreibungsunterlagen). Darin habe der Bieter – unter anderem – auf Seite 2 seinen Firmenwortlaut (bei Bietergemeinschaft die Firmenwortlaute der Mitglieder der Bietergemeinschaft) anzugeben, auf Seite 4 die Bietererklärungen abzugeben, in denen unter anderem die Anerkennung und Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen erklärt wird, ebenfalls auf Seite 4 den Gesamtpreis anzugeben, und auf Seite 5 die zwingend erforderliche/n qualifizierte/n elektronische/n Signatur/en vorzunehmen.

Zur Angebotsabgabe der C. ges.m.b.H. hält die Auftraggeberin fest, dass die Antragstellerin wie oben dargestellt zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sei. Dabei sei unmissverständlich klargestellt gewesen, auf welche Weise die Angebotslegung zu erfolgen habe, insbesondere unter Verwendung welchen Links die Angebotsabgabe zu erfolgen hatte. In weiterer Folge habe die C. ges.m.b.H am 17.10.2022 um 17:47 den Abgabeentwurf erstellt, um 17:58 das Angebot signiert und um 18:01 das Angebotspaket erfolgreich verschlüsselt und abgegeben. Bei dieser Abgabe hätte das oben beschriebene Abgabeprocédere durchlaufen werden müssen. Insbesondere hätte der Bieter die Bieterstammdaten (insbesondere den Firmenwortlaut) eingeben müssen und sei im Rahmen des

Abgabeprotokoll im Vergabeportal zumindest dreimal zur Überprüfung der Angaben aufgefordert worden. Aus dem diesbezüglich generierten Abgabeprotokoll sei eindeutig ersichtlich, dass die C. ges.m.b.H. das Angebot abgegeben habe.

Abgabeprotokoll (Grafik) – nicht anonymisierbar

Der C. ges.m.b.H hätte somit seit 17.10.2022, 18:01 Uhr klar gewesen sein müssen, dass sie ein Angebot im nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahren gelegt habe. Ebenso hätte der Antragstellerin A. ges.m.b.h. – sofern sie in die Angebotslegung der C. ges.m.b.H eingebunden gewesen sei – zu diesem Zeitpunkt klar gewesen sein müssen, dass sie kein Angebot gelegt habe, sondern die C. ges.m.b.H.

Die Auftraggeberin habe ausschreibungs- und vergaberechtskonform die Antragstellerin A. ges.m.b.h. zur Angebotslegung eingeladen. Der Einladungslink, welcher der Antragstellerin A. ges.m.b.h. übermittelt worden sei, sei in der Folge offenbar von der C. ges.m.b.H zur Angebotslegung genutzt worden. Dass die C. ges.m.b.H und nicht die Antragstellerin A. ges.m.b.h. ein Angebot abgegeben habe, liege somit allein in der – von der Auftraggeberin nicht beeinflussbaren und damit auch nicht verantworteten – Sphäre der Antragstellerin bzw. der C. ges.m.b.H.

Die Antragstellerin hätte im Übrigen noch bis 18.10.2022, 10:00 Uhr (Ende der Angebotsfrist) die Möglichkeit gehabt, den ihr offenbar unterlaufenen Fehler zu sanieren, indem sie selbst ein Angebot legt.

Nach Ablauf der Angebotsfrist sei am 19.10.2022 die Öffnung der Angebote durch die Auftraggeberin erfolgt. Wie dem Öffnungsprotokoll zu entnehmen ist, habe nicht die Antragstellerin A. ges.m.b.h., sondern die C. ges.m.b.H ein Angebot abgegeben. Aus dem Angebotspaket (also den mit der Angebotsabgabe auf der ANKÖ-Vergabepattform eingereichten Angebotsunterlagen) ergebe sich ebenfalls nichts Gegenteiliges, insbesondere weil im Angebotspaket das Angebotsformular (Teil B2 der Ausschreibungsunterlagen) nicht enthalten gewesen sei. Gerade dieser zwingende Angebotsbestandteil diene der Identifikation des Bieters, sodass sich auf Basis dieses Angebotsbestandteils womöglich hätte herausstellen können, dass das Angebot von der Antragstellerin und nicht der C. ges.m.b.H „stamme“. Indem die Vorlage des Angebotsformulars nicht erfolgt sei, sei der Auftraggeberin

nichts anderes übrig geblieben, als die auf der ANKÖ-Plattform ausgewiesene C. ges.m.b.H als Bieterin zu qualifizieren.

In der Konsequenz sei das Angebot der C. ges.m.b.H ausgeschieden worden, weil es nicht von einem zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieter gestammt und das Angebotsformular gefehlt hat.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, welche Probleme sie bei der Angebotsabgabe hatte, bringt die Auftraggeberin vor, dass das Abgabeprozedere, wie oben dargestellt, einfach und klar war und auch transparent gegenüber der Bieterin kommuniziert worden sei. Wenn die Antragstellerin diese Vorgaben an die Angebotsabgabe nicht verstanden habe bzw. die falschen Schlüsse daraus gezogen habe, seien die diesbezüglichen Nachteile und Konsequenzen ausschließlich auf ein (Organisations-)Verschulden auf Seiten der Antragstellerin zurückzuführen und nicht der Auftraggeberin anzulasten.

Im Übrigen könnten die im Schriftsatz dargelegten Erinnerungen/Wahrnehmungen bezüglich der Angebotsabgabe schon aufgrund der eindeutigen Aktenlage nicht stimmen. So werde in Pkt 1.2.6 des Schriftsatzes behauptet, dass die Angebotsabgabe durch Herrn D. E. und Herr F. G. erfolgt sei. Das Angebot der C. ges.m.b.H sei aber von Herrn J. E. signiert worden. Herr J. E. werde im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe aber nicht einmal erwähnt.

Da die Signatur durch Herrn J. E. erfolgt sei, sei auch die Behauptung „Auf dieser neuen Oberfläche haben Herr [Anm: D.] E. und Herr G. eine digitale Signatur eingeben müssen.“ unrichtig. Weiters sei die Angebotsabgabe der C. ges.m.b.H über den Benutzer-Account von Herrn K. L. (k.l@a.at) erfolgt, dessen „Mitwirkung“ bei der Angebotsabgabe von der Antragstellerin ebenfalls nicht erwähnt werde.

Es sei im Hinblick auf den oben in Kapitel 1.2 dieser Stellungnahme beschriebenen technischen Aufbau der ANKÖ-Vergabepattform auch ausgeschlossen, dass „innerhalb des Bieteraccounts der Antragstellerin“ eine andere Upload-Möglichkeit gefunden werden hätte können. Der Einladungslink sei – wie oben dargelegt – nicht personen- bzw. bewerber-/bietergebunden, also auch nicht an einen bestimmten Account für das Vergabeportal geknüpft. Die Upload-Möglichkeit hätte der Antragstellerin als Empfängerin des Einladungslinks seit dem 09.09.2022 und auch nach Angebotsabgabe der C. ges.m.b.H. zur Verfügung gestanden.

Die Ausschreibungsunterlagen seien nicht angefochten worden und daher bestandsfest.

Die Rechtsansicht der Antragstellerin, wonach das „fehlerhafte Aufscheinen“ der C. ges.m.b.H als Bieter einerseits und das Fehlen des Angebotsformulars andererseits behebbare Mängel seien, treffe nicht zu. Dies unabhängig davon, welche Dauer eine allfällige Behebung gehabt hätte. Es ergebe sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Antragstellerin den Teilhmeantrag abgegeben habe, dass diese auch das Angebot gelegt habe. Der Vergabeakt weise genau das Gegenteil aus.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs seien Mängel, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könne, unbehebbar. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel sei darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden liege eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung (auch) dann vor, wenn aufgrund der Mängelbehebung nicht alle Bieter über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihr Angebot auszuarbeiten.

Unter Zugrundelegung dieses in der Judikatur entwickelten Maßstabs sei ein Mangel, dessen Behebung die Festlegung bzw. Klarstellung der Identität des Bieters bedeute, jedenfalls als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren. Mit der Frage, von welchem Unternehmen ein Angebot stamme, werde nämlich nicht nur die Wettbewerbsstellung des Bieters verbessert, sondern überhaupt erst die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens geschaffen.

Unabhängig davon, ob das Angebot von der Antragstellerin A. ges.m.b.h. oder von der C. ges.m.b.H stamme, habe es der Bieter unterlassen, für die Angebotsabgabe das Angebotsformular gemäß Teil B.2 der AU 2. Stufe zu verwenden, sodass auch die rechtsgültige elektronische Signatur dieses Angebotsformulars unterblieben sei.

Auch aus der von der Antragstellerin in Pkt I.4.1.2 ihres Schriftsatzes ins Treffen geführten Upload-Bestätigung (Beilage ./5) ergebe sich eindeutig, dass das Angebotsformular gemäß Teil B.2 nicht vorgelegt worden sei.

Gemäß den oben in Kapitel I.5 dieser Stellungnahme dargelegten Ausschreibungsbedingungen sei das Angebot – unabhängig von wem es stamme – somit zwingend auszuschneiden.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichts Wien stelle sogar die Verwendung eines veralteten Angebotsformulars einen Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen dar, der zum Ausscheiden des Angebots führen müsse. Umso mehr müsse dies gelten, wenn gar kein Angebotsformular vorgelegt werde. Dies bedeute nämlich auch, dass das Angebot nicht rechtsgültig unterfertigt sei und damit keine Rechtsverbindlichkeit des Angebots vorliege. Es gehe im vorliegenden Fall auch nicht in anderer Weise ein Bindungswille des Bieters hervor.

Der Antragstellerin seien im gegenständlichen Vergabeverfahren eines oder mehrere der folgenden Versäumnisse unterlaufen:

- + Die Antragstellerin A. ges.m.b.h. – konkret der Empfänger des Einladungslinks betreffend die Angebotsabgabe – habe sich im ANKÖ-Vergabeportal mit einem auf die C. ges.m.b.H lautenden Benutzer-Login eingeloggt und in weiterer Folge in (rund vier!) Prüfschritten übersehen, dass die Angebotslegung auf Basis der Bieterstammdaten der C. ges.m.b.H erfolgt sei.

- + Die Antragstellerin A. ges.m.b.h. – konkret der Empfänger des Einladungslinks betreffend die Angebotsabgabe – habe die C. ges.m.b.H um Einreichung des Angebots ersucht, woraufhin sich die C. ges.m.b.H mit dem auf die C. ges.m.b.H lautenden Benutzer-Login eingeloggt und in weiterer Folge in (rund vier!) Prüfschritten übersehen habe, dass die Angebotslegung auf Basis der Bieterstammdaten der C. ges.m.b.H erfolgt sei.

- + Die Antragstellerin A. ges.m.b.h. – konkret der Empfänger des Einladungslinks betreffend die Angebotsabgabe – habe sich im ANKÖ-Vergabeportal mit einem auf die A. ges.m.b.h. lautenden Benutzer-Login eingeloggt, in weiterer Folge die Bieterstammdaten der C. ges.m.b.H eingegeben und in weiterer Folge in (rund vier!) Prüfschritten übersehen, dass die Angebotslegung auf Basis der Bieterstammdaten der C. ges.m.b.H erfolgt sei.

+ Weder die Antragstellerin noch die C. ges.m.b.H. hätten in jeder der vorstehenden Varianten das Abgabeprotokoll überprüft, obwohl dafür und zur Korrektur des Fehlers noch ausreichend Zeit gewesen wäre.

+ Weder die Antragstellerin noch die C. ges.m.b.H. hätten in jeder der vorstehenden Varianten das rechtsgültig unterfertigte Angebotsformular B2 dem Angebot beigegeben.

Keines dieser Versäumnisse könne der Auftraggeberin angelastet werden. Insbesondere seien der Antragstellerin keine „irreführenden Links“ übermittelt worden. Selbst wenn in der „Versendung von Links“ ein vergaberechtswidriges Verhalten der Auftraggeberin zu sehen wäre, würde es sich dabei um sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist handeln, die gemäß § 19 Abs. 1 WVRG 2020 binnen 10-Tages-Frist mittels Nachprüfungsantrag hätten bekämpft werden müssen. Dies sei eindeutig nicht erfolgt. Die Festlegungen der Auftraggeberin seien somit in jedem Fall bestandfest geworden, sodass eine etwaige Rechtswidrigkeit dieser Entscheidungen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden können.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 12.1.2023 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Diese Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Festgehalten wird, dass der Senat von einer Antragslegitimation der AST A. GesmbH ausgeht, obwohl die Ausscheidensentscheidung an die C. ges.m.b.H. gerichtet ist, da andernfalls eine Geltendmachung allfälliger Rechtswidrigkeiten dieser Entscheidung von der AST nicht möglich wäre.

Erörtert wird, das Vorbringen der Parteien zum Ablauf der Angebotsabgabe und die dazu im Vergabeakt ersichtlichen Unterlagen.

Die AG ergänzt ihr bisheriges Vorbringen dahingehend, dass zunächst im Rahmen des ersten Verfahrensabschnittes eine Information an die Bieter, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, erfolgte, wonach sie zum weiteren Verfahren zugelassen würden. Zum Vorbringen der AST betreffend die unterschiedlichen Dokumentzahlen erklärt die AG, dass diese Information die Dokumentzahl des ersten Verfahrensabschnittes gehabt habe. Erst in der Folge sei die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes erfolgt, mit der auch der Link für diese Angebotsabgabe bekanntgegeben worden sei. Zur Verdeutlichung der korrekten Vorgangsweise sei der Korrekturhinweis vom 09.09.2022, 16:29 Uhr, ergangen, in dem auf den korrekten Link zur Angebotsabgabe hingewiesen wurde. Es sei weiters darauf hingewiesen worden, dass die erste Nachricht nur zur Information gedient hätte.

Diese unverbindliche Information befindet sich als Schreiben vom 09.09.2022 im Vergabeakt. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe und der Korrekturhinweis befinden sich unter Punkt 4.5 ebenfalls im Vergabeakt.

Die AST entgegnet, dass sie das unverbindliche Schreiben und den Korrekturhinweis unter derselben Dokumentnummer erhalten habe. Die Aufforderung zur Angebotslegung hätte die Dokumentnummer des zweiten Verfahrensabschnittes aufgewiesen, die anders gelautet habe. Für sie sei aus der Vorgangsweise und aus der Formulierung des Korrekturhinweises nicht eindeutig ersichtlich gewesen, wie sie ihr Angebot korrekt hätte abgeben sollen.

Das im Vorbringen beider Parteien angesprochene Telefonat mit Herrn Mag. H. hätte zwar darauf hingewiesen, dass das Angebot nicht auf der korrekten Plattform hochgeladen worden sei, dieser hätte aber keine ausreichende Information dazu geben können, wie diese Angebotsabgabe zu erfolgen habe.

Erörtert wird der Aktenvermerk über dieses Telefongespräch (Punkt 8.4 des Vergabeaktes).

Erörtert wird, wie es dazu gekommen ist, dass bei der AG ein Angebot der C. ges.m.b.h. eingelangt ist, obwohl nach den Angaben der AST sie das Angebot abgegeben hat.

Die AG schildert, wie bereits in ihrem Schriftsatz, den Ablauf der Angebotsabgabe auf der ANKÖ-Plattform und betont, dass dort mehrmals die Möglichkeit bestehe, nachzuprüfen, ob die korrekten Bieterdaten eingetragen seien. Eine Angebotsabgabe sei erst nach Bestätigung dieses Umstandes möglich. Weiters werde zusätzlich dem Bieter ein Abgabeprotokoll übermittelt, aus dem die eingegebenen bzw. bereits ursprünglich vorhandenen Daten ersichtlich seien, und das dem Bieter eine weitere Kontrollmöglichkeit gebe. Der Austausch der Bieter sei nach Ansicht der AG nur durch ein aktives Korrigieren bzw. Ausfüllen der Daten möglich.

Die AST entgegnet, dass derartige Korrekturmöglichkeiten nicht vorhanden gewesen seien. Ursprünglich sei der Account für das vorliegende Vergabeverfahren im Namen der C. ges.m.b.h. angelegt worden, da angedacht gewesen sei, dass diese ein Angebot abgeben soll. Da die C. ges.m.b.h. die erforderlichen Referenzen jedoch nicht aufgewiesen habe, sei man auf die AST umgeschwenkt und diese habe über den Account der C. ges.m.b.h. den Teilnahmeantrag in ihrem Namen abgegeben. Aus allen Unterlagen betreffend die erste Verfahrensstufe gehe daher hervor, dass die AST Interessentin gewesen sei und mit der AG in Kontakt getreten sei. Das Angebot sei ebenfalls über den Account der C. ges.m.b.h. abgegeben worden. Eine Korrektur sei insofern nicht erfolgt. Die AST könne sich nicht erklären, weshalb in der zweiten Verfahrensstufe nunmehr nicht die AST, sondern die C. ges.m.b.h. als Bieterin aufgeschienen sei.

Die AG bringt dazu vor, dass offenbar in der ersten Verfahrensstufe zwar der Account der C. ges.m.b.h. verwendet worden sei, aber die Stammdaten der AST eingetragen worden seien. Dies sei offenbar bei der Angebotsabgabe nicht erfolgt.

Abschließend bringt die AST vor, dass der Angebotswille stets auf die AST gerichtet gewesen sei.

Unbestritten ist, dass das Angebotsblatt „Ausschreibungsunterlage Teil B2-Angebot“ dem Angebot nicht angeschlossen war.

Die AG ergänzt, dass diese Unterlage bei allen Abgabeversuchen gefehlt habe.

Die AST bringt dazu vor, dass, wie aus der von ihr vorgelegten Beilage 2 zum Nachprüfungsantrag (Abgabeprotokoll) hervorgehe, ihr Angebot von Herrn J. E. als Geschäftsführer der AST unterfertigt worden sei. In diesem Dokument sei die Gültigkeit der Signatur mit einem Häkchen vermerkt.

Die AG entgegnete, dass die oben angeführte Unterschrift lediglich die Abgabe des Angebots mit den angeschlossenen Unterlagen bestätige. Hinsichtlich der ordnungsgemäßen Unterfertigung des Angebotes wäre auf den Schriftsatz der AG verwiesen und zusammenfassend festgehalten, dass in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen festgelegt sei, dass das Angebot auf dem Angebotsblatt (siehe oben fehlende Unterlage) zu unterfertigen sei, andernfalls ein Ausscheidenstatbestand verwirklicht sei. Im Übrigen könne die Signatur auf der Vergabeplattform laut Abgabeprotokoll nur für die C. ges.m.b.h. erfolgt sein, da diese dort als Bieter angeführt sei.

Die AST bringt zusammenfassend vor, dass die AG die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen unzutreffend auslege. Diese müssten vielmehr so verstanden werden, dass das Angebot einmal rechtsgültig unterfertigt sein müsse und ein Ausscheidenstatbestand nur dann vorliege, wenn überhaupt keine Signatur erfolgt sei. Die Anführung der C. ges.m.b.h. im Abgabeprotokoll, auf dem sich die von der AST zitierte Bestätigung einer Unterschrift befinde, sei darauf zurückzuführen, dass bei der Angebotsabgabe der weiter oben erörterte Fehler aufgetreten sei.

Zum Thema der Verbesserbarkeit der Tatsache, dass im Angebot als Bieter die C. ges.m.b.h. aufscheint und dass das Angebotsblatt nicht abgegeben wurde, bringt die AST vor, dass ein Verbesserungsauftrag der AG an die AST ergehen hätte müssen, zumal aus den vorgelegten Unterlagen ersichtlich sei, dass diese von der AST ausgearbeitet worden seien. Im Übrigen wäre in einem solchen Vorgehen der AG kein Verstoß gegen den Grundsatz des freien Wettbewerbs gelegen, da bei der AST sämtliche bewertungsrelevanten Faktoren vorgelegen seien und der Preis festgestanden sei.

Die AG hält dem entgegen, dass vorliegend durch die von der AST vorgeschlagene Vorgangsweise nicht nur eine materielle Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung erfolgt wäre, sondern eine Wettbewerbsstellung der AST erst geschaffen worden wäre. Diese Vorgangsweise sei daher unzulässig gewesen.

Die AST weist abschließend darauf hin, dass ihr durch das Telefonat mit dem ANKÖ-Support bekannt sei, dass es im vorliegenden Vergabeverfahren nur zwei Bieter gebe und wer der zweite Bieter sei. Dies verstoße ihrer Ansicht nach gegen die Pflicht zur Geheimhaltung und stelle einen Widerrufgrund dar.

Die AG entgegnet, dass eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht bestritten wird und eine allfällige Verletzung der Geheimhaltungspflicht nicht wettbewerbsrelevant wäre.

Die AST ergänzt, dass die Angebotsunterlagen sehr umfangreich gewesen seien und eine genaue Prüfung erfordert hätten, welche Dokumente abzugeben seien. Es sei offenbar das Angebotsblatt übersehen worden. Dies erscheine jedoch im Hinblick darauf als unproblematisch, dass bei der Angebotsabgabe ohnedies auch der Gesamtpreis händisch einzugeben gewesen sei. Der AG seien daher alle relevanten Informationen zur Verfügung gestanden.

Die AST führt zum Vorbringen der AG mit ihrer Stellungnahme vom 01.12.2022 und in der heutigen Verhandlung abschließend aus, dass sie mit ihrem Angebot zwei Konzepte abgegeben habe. Auf jedem Konzept sei in der Kopfzeile „Verfasser: A.“ gestanden, woraus für die AG ersichtlich gewesen sei, dass die AST als Bieterin anzusehen sei. Die irrtümliche Eintragung der C. ges.m.b.h. bei den Stammdaten stelle daher einen verbesserungsfähigen Mangel dar.

Die Vorgangsweise der AG, wonach die Information betreffend die Angebotsabgabe zunächst im ersten Verfahrensabschnitt erfolgt sei, sei unüblich. Üblicherweise erfolge die Aufforderung zur Angebotsabgabe im zweiten Verfahrensabschnitt. Die AST schließe daraus, dass auch die AG Probleme bei der Bedienung der Vergabeplattform gehabt habe.

Hingewiesen werde darauf, dass auch das erste E-Mail vom 09.09.2022 einen anklickbaren Link enthalten hätte.

Hätte die AG das Angebotsblatt B2 nachgefordert, so wäre für sie eindeutig gewesen, dass die AST das Angebot abgegeben habe.

Die AG habe selbst eingeräumt, dass das Angebot nach Maßgabe der Anforderungen der ANKÖ-Vergabeplattform ausschreibungskonform erfolgt sei.

Dadurch, dass die AST laut Abgabeprotokoll das von ihr übermittelte Angebot durch den Geschäftsführer elektronisch signiert habe, habe sie sich an die Ausschreibungsbedingungen gebunden.

Die AG bestreitet dieses Vorbringen und weist daraufhin, dass die Ausführungen in ihren Schriftsätzen nicht vollständig zitiert würden. Die AST lege der AG daher Worte in den Mund, die in den Schriftsätzen so nicht zum Ausdruck kämen.

Der ASTV stellt keine weiteren Beweisanträge.

Der AGV stellt keine weiteren Beweisanträge.

Schluss des Beweisverfahrens

(...)“

Aufgrund des von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeaktes, der von den Parteien vorgelegten Schriftsätze und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien steht, über die bereits oben festgehaltenen Fakten hinaus, folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Auftraggeberin führt das o.a. Verhandlungsverfahren durch; dabei handelt es sich um ein zweistufiges Vergabeverfahren. Zunächst war von den interessierten Unternehmen ein Teilnahmeantrag abzugeben. In der Folge forderte die Auftraggeberin die Unternehmen, die für die Auftragserteilung in Frage kamen, zur Abgabe eines Angebotes auf. Das Vergabeverfahren wurde elektronisch über die Vergabeplattform des ANKÖ durchgeführt.

Die A. ges.m.b.h. bekämpft das Ausscheiden des verfahrensgegenständlichen Angebots. In ihrem Nachprüfungsantrag stellte sie ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit drohenden Schaden dar und wies die Entrichtung der Pauschalgebühren nach.

Der Verfahrensabschnitt „Auftragsbekanntmachung“ und der Verfahrensabschnitt „Aufforderung zur Legung eines Erstangebotes“ wiesen jeweils eine eigene Dokumentnummer auf. Die erste Information der Teilnehmer über die Aufforderung zur Angebotsabgabe wurde noch zur Dokumentnummer des ersten Verfahrensabschnittes versendet. Sodann wurden die Dokumente für den zweiten Verfahrensabschnitt unter einer „neuen“ Dokumentnummer angelegt. An die Teilnehmer wurde der Korrekturhinweis unter der neuen Dokumentnummer versendet.

Folgender „Korrekturhinweis“ wurde der A. ges.m.b.h. am 9.9.2022 um 16 Uhr 29 übermittelt:

„Sehr geehrter Bewerber,

bitte beachten Sie, dass Sie von der Vergabeplattform eine Verständigung mit dem Titel "Einladung zur Angebotsabgabe" erhalten, mit welcher Verständigung Sie zur Angebotsabgabe über die Vergabeplattform eingeladen werden. Diese Verständigung enthält auch einen Link mit dem Titel "Klicken Sie bitte hier für mehr Informationen" bzw. einer Url-Adresse, welche Sie in Ihren Browser eingeben können.

Für Ihre Angebotsabgabe ersuchen wir, diese Verständigung der Vergabeplattform zu berücksichtigen. Das Ihnen über die Vergabeplattform übermittelte weitere E-mail samt einem an Sie persönlich gerichteten Anschreiben dient lediglich der Information durch den Auftraggeber.

Mit freundlichen Grüßen

Stadt Wien - ..."

Neben diesem Link bestand jedoch während des gesamten Verfahrens auch die Möglichkeit, über die Vergabeplattform im Wege der Bieterkommunikation Kontakt zur Auftraggeberin aufzunehmen, an diese Anfragen zu stellen, etc.. Derartige Anfragen landeten im E-Mail-Postfach des zuständigen Mitarbeiters der Auftraggeberin.

Die korrekte Vorgangsweise bei der Angebotserstellung und Angebotsabgabe über die Vergabeplattform des ANKÖ ist in dem von der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren vorgelegten „Handbuch für Bieter“ des ANKÖ nachvollziehbar dargestellt. Daraus ergibt sich insbesondere, dass dem Bieter vor der endgültigen Abgabe seines Angebotes mit der Funktion „Jetzt abgeben“ zumindest ein Prüfschritt betreffend die Richtigkeit der ausgefüllten Daten zu Verfügung steht. Weiters ergibt sich daraus, dass der Bieter nach Abgabe seines Angebotes aufgefordert wird, das Abgabeprotokoll herunterzuladen.

Dies hat die A. ges.m.b.h. auch getan und das o.a. Abgabeprotokoll vom 17.10.2022 ihrem Nachprüfungsantrag angeschlossen. Daraus geht hervor, dass das Angebot von der C. ges.m.b.h. abgegeben wurde.

Die C. ges.m.b.h. mit Sitz in Wien, M.-gasse, weist laut Firmenbuch die Geschäftsführer K. L. und J. E. auf. Gesellschafter ist die A. ges.m.b.h.

Die A. ges.m.b.h., ebenfalls mit Sitz in Wien, M.-gasse, weist als Geschäftsführer Herrn J. E. auf. Gesellschafter ist u.a. die C. ges.m.b.h.

Im vorliegenden Fall hat, wie von einem Vertreter der A. ges.m.b.h. in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien geschildert wurde, zunächst die C. ges.m.b.h. beabsichtigt, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Sie erstellte daher im gegenständlichen Vergabeverfahren einen Account auf der Vergabeplattform betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren. In der Folge wurde aber klar, dass die C. ges.m.b.h. die erforderlichen Referenzen nicht nachweisen konnte. Es sollte daher stattdessen die A. ges.m.b.h. am Vergabeverfahren teilnehmen.

Diese hat über den Account der C. ges.m.b.h. den Teilnahmeantrag abgegeben und die erste Stufe des Verhandlungsverfahrens erfolgreich absolviert. Allerdings wurden die Bieterstammdaten je nachdem, welche Stammdaten im Login-Profil hinterlegt waren, vorausgefüllt. Wenn also die A. ges.m.b.h. den Account der

C. ges.m.b.h. zum Login in das Vergabeportal verwendete, schienen hier die Stammdaten der C. ges.m.b.h. auf (auch wenn ursprünglich die A. ges.m.b.h. die Einladung zur Angebotsabgabe erhalten hatte). Die Stammdaten konnten aber jederzeit und einfach direkt in diesem Abgabeschritt geändert werden.

Daher mussten die Daten der C. ges.m.b.h. korrigiert und die der A. ges.m.b.h. eingetragen wurden. Dass die A. ges.m.b.h. diese Verfahrensstufe korrekt absolviert hat, ergibt sich aus dem Vergabeakt (Ordner B, Kapitel 4).

Diese Vorgangsweise war möglich, da, wie von der Auftraggeberin dargestellt, der einmal erstellte Benutzeraccount weitergegeben und auch mehrfach verwendet werden konnte.

Am 9.9.2022 übermittelte die Auftraggeberin via die Vergabeplattform ein Schreiben an die A. ges.m.b.h., in dem sie sie über die erfolgreiche Absolvierung der Präqualifikationsphase informiert und zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes für die ausgeschriebenen Leistungen auffordert. Als Angebotsfrist wird der 18.10.2022, 10 Uhr (einlangend auf der Vergabeplattform) festgelegt.

Am 9.9.2022 um 16 Uhr 29 wurde der A. ges.m.b.h. via die Vergabeplattform der o.a. „Korrekturhinweis“ übermittelt. Dieser wurde von einem Mitarbeiter der A. ges.m.b.h. am 15.9.2022 um 11 Uhr 12 gelesen.

Am 17.10.2022 ging zunächst ein „Angebot“ der A. ges.m.b.h. auf dem E-Mail-Account des Herrn Mag. H. (Mitarbeiter der Auftraggeberin) ein. Dieser machte die A. ges.m.b.h. daraufhin telefonisch darauf aufmerksam, dass die Angebote über den korrekten Link und nicht im Wege der Bieterkommunikation einzureichen seien. Zu technischen Fragen verwies er auf den ANKÖ. Dieses Telefongespräch ist in einem Aktenvermerk im Vergabeakt dokumentiert.

Am 17.10.2022 um 18 Uhr 01 wurde laut dem o.a. Abgabeprotokoll über die Angebotsplattform von der C. ges.m.b.h. ein gültiges Angebot abgegeben. Dieses erfolgte über den Benutzeraccount des Herrn K. L.. Als „Signator“ scheint Herr J. E. auf.

Wie im Angebotsinhaltsverzeichnis verzeichnet und aus dem Vergabeakt ersichtlich waren dem Angebot der C. ges.m.b.h. folgende Unterlagen angeschlossen:

- +) Leistungsbild 1 (Konzeption des B.-Magazin, einmalige Pauschalleistungen)
- +) Leistungsbild 2 (Gestaltung, Produktion und Zustellung der ersten Ausgabe des B.-Magazins in einem Kalenderjahr)
- +) Leistungsbild 3 (Gestaltung, Produktion und Zustellung jeder weiteren Ausgabe des B.-Magazins in einem Kalenderjahr)
- +) Leistungsbild 4 (Barrierefreie digitale Veröffentlichung des B.-Magazins)
- +) Leistungsbild 5 (Beratungsleistung zur Aufbereitung und Umsetzung für Social-Media-Veröffentlichung)
- +) Zusammenfassung
- +) Konzept Magazin (Musterheft, Konzept zur Aufbereitung der Inhalte des B.-Magazins in Social-Media- Kanälen, Konzept B. - Magazin)
- +) Seitenspiegel

Die vorgelegten Unterlagen enthalten insofern einen Hinweis auf die A. ges.m.b.h., als das Konzept zur Aufbereitung der Inhalte des B.- Magazins in Social-Media-Kanälen und das Konzept B. – Magazin folgenden kleingedruckten Vermerk in der oberen Kopfzeile enthalten:

„Verfasser: A., 7.Oktober 2022“.

Dem Angebot der C. ges.m.b.h. war die Unterlage „Ausschreibungsunterlage Teil B2 – Angebot“ nicht angeschlossen. Dies blieb unbestritten. In dieser Unterlage war der unternehmensrechtliche Firmenwortlaut des Bieters, ein Ansprechpartner des Bieters und die abgegebenen Angebotsunterlagen einzutragen. Es waren der Gesamtpreis und der Angebotspreis einzusetzen. Schließlich waren durch die qualifizierte elektronische Unterschrift eines Berechtigten die Ausschreibungsunterlagen anzuerkennen, die geforderten Erklärungen abzugeben und das Angebot zu bestätigen.

In Teil A2 Angebotsbestimmungen Punkt 1.2.1. „Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen“ wird festgehalten, welche Unterlagen Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen sind. Dazu gehört auch Teil B2 – Angebotsformblatt.

In den Ausschreibungsunterlagen ist in Teil A2 – Angebotsbestimmungen Punkt 5. 2 „Rechtsgültige Unterfertigung des Angebots“ festgelegt, dass das Angebot (Teil B2 – Angebotsformular) zwingend rechtsgültig mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu unterfertigen ist. Weiters ist festgelegt: „Eine fehlende

rechtsgültige qualifizierte elektronische Signatur des Angebotes wird als nicht geleistete Unterschrift gewertet und kann zum Ausscheiden des Angebotes führen“.

In Punkt 5.3 „Elektronische Angebote, Formerfordernisse“ wird festgelegt, dass Angebote innerhalb der Angebotsfrist elektronisch, verschlüsselt und qualifiziert elektronisch signiert (siehe Punkt 5.2) auf der Vergabeplattform einzureichen sind. Angebote, die diesen Formvorschriften nicht entsprechen, werden nicht berücksichtigt bzw. werden die betroffenen Bieter bzw. deren Angebote ausgeschieden.

Die Ausschreibung wurde bestandsfest.

Mit Schreiben vom 3.11.2022 hat die Auftraggeberin das Angebot der C. ges.m.b.h. ausgeschieden. Sie hat dies zusammengefasst damit begründet, dass dem Angebot das zwingend anzuschließende Angebotsformblatt Teil B2-Angebot nicht beigelegt war.

Weiters sei das Angebot von einem nicht aufgeforderten Bieter abgegeben worden. Die C. ges.m.b.h. sei von der Auftraggeberin nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Einer Verbesserung seien diese Mängel nicht zugänglich, zumal keine Unklarheiten hinsichtlich des Bieters herrschten, sondern dieser eindeutig erkennbar sei. Eine Mängelbehebung würde zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bewerbers führen. Das Angebot war daher auszuscheiden.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist gemäß § 138 Abs. 1 BVergG 2018, sofern die Unklarheiten für

die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

(2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 20 Abs. 1, 112 Abs. 3, 113 Abs. 2 und 139 nicht verletzen.

Gemäß § 141 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vom öffentlichen Auftraggeber Angebote von nicht aufgeforderten Bietern auszuscheiden.

Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend die Adressatin der Ausscheidensentscheidung (C. ges.m.b.h.) und die Antragstellerin (A. ges.m.b.h.) nicht ident sind. Trotzdem ist der Senat im Interesse des Rechtsschutzes von einer Antragslegitimation der Antragstellerin ausgegangen, da die Antragstellerin andernfalls keine Möglichkeit gehabt hätte, die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens geltend zu machen.

Im vorliegenden Vergabeverfahren wurde von der A. ges.m.b.h. ein Teilnahmeantrag abgegeben, diese wurde nach Abschluss des ersten Verfahrensschrittes des Vergabeverfahrens auch zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Das abgegebene Angebot wies jedoch als Bieter die C. ges.m.b.h. auf.

Die Vorgangsweise der Auftraggeberin und der Ablauf des Vergabeverfahrens ist im Vergabeakt nachvollziehbar dokumentiert. Das Beweisverfahren hat nicht ergeben, dass für die A. ges.m.b.h. nicht ersichtlich gewesen wäre, in welcher Art und Weise sie ihr Angebot abzugeben gehabt hätte. Die von der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren geschilderte Vorgangsweise ist anhand des „Handbuches für Bieter“ des ANKÖ nachvollziehbar. Die Auftraggeberin hat weiters im Korrekturhinweis darauf hingewiesen, dass das Angebot über den Link in der elektronischen Aufforderung zur Angebotsabgabe abzugeben war. Weiters hat die A. ges.m.b.h. bereits den Teilnahmeantrag im selben Vergabeverfahren erfolgreich abgegeben und war mit der Vorgangsweise folglich vertraut.

Die Ergebnisse des Beweisverfahrens und insbesondere die Ausführungen des Vertreters der A. ges.m.b.h. in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien legen nahe, dass der Austausch des Bieters darauf zurückzuführen ist, dass (so, wie im ersten Verfahrensabschnitt) von der A. ges.m.b.h. auch bei der Abgabe des Angebotes weiterhin der Account der C. ges.m.b.h. verwendet wurde. Offenbar wurde aber darauf vergessen, die automatisch aufscheinenden Daten der C. ges.m.b.h. zu korrigieren, sodass im abgesendeten Angebot laut Abgabeprotokoll nicht die A. ges.m.b.h., sondern die C. ges.m.b.h. als Bieterin aufschien. Dabei wurden die im System vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten nicht wahrgenommen und es fiel offenbar auch nicht auf, dass im Abgabeprotokoll die C. ges.m.b.h. als Bieterin aufschien.

Diese Vorgangsweise war auch dadurch möglich, dass Herr J. E. Geschäftsführer beider Gesellschaften ist. Dass das Angebot vom Benutzer-Account des Herr K. L., der Geschäftsführer der C. ges.m.b.h. ist, abgeschickt wurde, spricht ebenfalls für den oben geschilderten Ablauf.

Das Aufscheinen der C. ges.m.b.h. als Bieterin stellt im Hinblick darauf, dass die C. ges.m.b.h. nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, einen Angebotsmangel dar, der nicht der Sphäre der Auftraggeberin zugerechnet werden kann. Eine technische Fehlfunktion der Angebotsplattform ist nicht hervorgekommen.

Die Formulierung des „Korrekturhinweises“ hätte klarer erfolgen können, war dem Verständnis eines mit der Abgabe von elektronischen Angeboten vertrauten Bieters jedoch durchaus zugänglich. Eine Irreführung kann in der Vorgangsweise der Auftraggeberin nicht gesehen werden.

Vielmehr ist der Mangel der A. ges.m.b.h. zuzurechnen, wenn sie zwar eine Angebotsabgabe in ihrem Namen beabsichtigt hat, dafür jedoch (weiterhin) den Account der C. ges.m.b.h. verwendet und die Korrektur der Daten unterlassen sowie die möglichen Prüfschritte vor Angebotsabgabe nicht wahrgenommen hat.

Ein weiterer Mangel des angegebenen Angebots liegt darin, dass dem Angebot unbestritten das Angebotsblatt (Ausschreibungsunterlage Teil B2-Angebot) nicht angeschlossen war. Diese Unterlage sollte wesentliche Informationen über das abgegebene Angebot (Bieter, Ansprechperson, Preis) und wesentliche Erklärungen des Bieters (Anerkennung der Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, etc.)

enthalten. Das Angebotsblatt sollte auch die laut den Ausschreibungsunterlagen zwingend erforderliche qualifizierte elektronische Signatur des Bieters enthalten.

In der Ausschreibung ist bestandsfest festgelegt, dass das u.a. Fehlen dieser Signatur einen Ausscheidensgrund darstellt.

Wenn die A. ges.m.b.h. auf den Vermerk in der Bestätigung über die Abgabe des Angebots durch die C. ges.m.b.h. vom 17.10.2022 hinweist, wonach „Signator“ Herr J. E. war, so ist dazu festzuhalten, dass dies die den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Unterfertigung des unbestritten dem Angebot nicht beigelegten Angebotsblattes nicht ersetzen kann. Dort ist, wie oben ausgeführt, unmissverständlich festgelegt, dass das Angebotsblatt (Teil B2-Angebotsformular) zwingend rechtsgültig mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen ist, andernfalls das Angebot ausgeschieden wird. Eine Alternative sehen die Ausschreibungsunterlagen nicht vor.

Wenn die A. ges.m.b.h. behauptet, dass es sich bei der Einreichung eines Angebotes unter dem Bieternamen „C. ges.m.b.h.“ um einen behebbaren Mangel gehandelt habe und die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre, eine Möglichkeit zur Verbesserung dieses Mangels zu geben, ist ihr Folgendes entgegen zu halten:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist die Behebung eines Mangels dann nicht zulässig ist, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters (nachträglich) gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Ein Mangel, der eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeutet, ist unbehebbar.

Im vorliegenden Fall lag der Mangel darin, dass im Angebot aus den oben dargestellten Gründen der falsche Bieter aufschien. Die Identität des Bieters ist aber jedenfalls ein wichtiger Bestandteil des Angebots, zumal dieser seine Eignung (wie technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bzw. Befugnis) zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags nachweisen muss. So hat das Beweisverfahren vorliegend ergeben, dass die C. ges.m.b.h. offenbar nicht über die erforderlichen Referenzen verfügt, die A. ges.m.b.h. hingegen (im Hinblick auf ihre erfolgreiche Teilnahme am ersten Verfahrensabschnitt) schon. Ein nachträglicher Austausch der Bieterin C. ges.m.b.h. durch die A. ges.m.b.h. würde

daher im konkreten Fall auch bedeuten, dass ein Bieter, der die technische Leistungsfähigkeit nicht aufweist, durch einen Bieter ausgetauscht würde, bei dem dies der Fall wäre.

Eine solche Vorgangsweise würde jedenfalls in die Wettbewerbspositionen anderer Bieter eingreifen, weshalb von einem unbehebbar Mangel auszugehen ist.

Dass es sich beim Aufscheinen des falschen Bieters im Angebot um einen offensichtlichen Fehler (vergleichbar einem Rechenfehler) gehandelt hätte, trifft nicht zu. Vorliegend konnte die Auftraggeberin zwar im Hinblick auf die Teilnehmer, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, die dem Angebot angeschlossenen Unterlagen und ihrer Branchenkenntnisse möglicherweise vermuten, dass das Angebot von der A. ges.m.b.h. hätte abgegeben werden sollen. Sie konnte diesbezüglich aber nicht sicher sein, zumal dem Angebot das Angebotsblatt, aus dem die Bieterin verbindlich hätte hervorgehen müssen, nicht angeschlossen war.

Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu § 914 ABGB ist die Auslegung einer Erklärung am Empfängerhorizont zu messen, wobei die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen nicht danach zu beurteilen sind, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage durch einen redlichen und verständigen Menschen zu verstehen war.

Im vorliegenden Fall lag der Auftraggeberin ein Angebot vor, in dem ausdrücklich die C. ges.m.b.h. als Bieterin genannt war. Die Abgabe war weiters von Herrn J. E. signiert, der (auch) Geschäftsführer der C. ges.m.b.h. und damit befugt ist, für diese eine derartige Erklärung abzugeben. Dass einige der dem Angebot angeschlossenen Unterlagen den Vermerk „Verfasser: A., 7.Oktober 2022“ enthielten, bringt nicht zum Ausdruck, dass dieses Unternehmen das Angebot abgegeben hat, sondern stellt allenfalls einen Hinweis auf deren Copyright bzw. Urheberschaft dar.

Der objektive Erklärungswert der abgegebenen Unterlagen lag daher darin, dass die C. ges.m.b.h. ein Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren abgeben wollte. Die C. ges.m.b.h. war aber von der Auftraggeberin nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden, zumal sie sich nicht an der ersten Verfahrensstufe des Verhandlungsverfahrens beteiligt hatte. Eine Verbesserung

kam nicht in Frage. Das Angebot der C. ges.m.b.h. war daher sofort auszuscheiden.

Da die Ausscheidensentscheidung somit schon aus diesem Grund zu Recht erfolgte, kann die Frage, ob das Fehlen des Angebotsblattes im Angebot ein behebbarer Mangel war, dahingestellt bleiben.

Aus den dargelegten Erwägungen war dem Nachprüfungsantrag keine Folge zu geben. Die A. ges.m.b.h. hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen, da sie mit ihrem Antrag auch nicht teilweise obsiegt hat.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens

wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.